

## **Troisième partie : la transformation de l'obligation**

### **Chapitre 1 : la modification de l'obligation**

#### Section 1 : le cadre général de la modification de l'obligation

La modification de l'obligation est une technique récemment mise en lumière. Même si elle ne fait que rendre compte d'usages plus anciens de façon systématique, elle ne réussit que petit à petit à pénétrer les esprits. Il s'agit donc presque encore d'une notion prospective.

La notion de modification de l'obligation résulte d'une idée simple : dans la vie d'une obligation, il arrive que le débiteur et le créancier s'entendent pour en modifier des éléments, par exemple le terme ou le lieu d'exécution. Lorsque le changement n'est pas trop important, faut-il parler de disparition de l'obligation ancienne et naissance d'une obligation nouvelle (novation) ou n'est-il pas plus simple de concevoir que l'obligation originelle demeure même si elle a été modifiée. Au lieu d'avoir deux obligations successives, il n'y aurait qu'un seul lien de droit dont l'objet pourrait avoir évolué quelque peu avant son extinction.

Toute la question est alors de savoir quand l'obligation reste la même et quand elle a tellement changée qu'elle n'est plus la même, qu'il y en a une nouvelle. En effet, si les parties décident de modifier des éléments fondamentaux du lien qui les unissait, il n'est pas certain qu'on puisse encore parler de modification de l'obligation.

Il est ainsi certain qu'il n'y a pas simple modification de l'obligation lorsque c'est une des deux parties qui a changé, le lien de droit lui-même n'est plus le même et il y a donc nécessairement naissance d'une nouvelle obligation.

Selon le Professeur Alain GHOZI, à qui on doit la systématisation de la modification de l'obligation, outre le changement de partie, c'est le changement de cause de l'obligation qui entraînerait la naissance d'une nouvelle obligation : dans la mesure où la satisfaction du créancier ne serait plus la même après le changement qu'avant, on ne pourrait pas parler d'une même obligation. Finalement, il n'y aurait changement de l'obligation qu'au cas où le changement d'objet ne s'accompagnerait pas d'un changement de cause.

Cette analyse nous semble restrictive et il est permis de se demander si un domaine plus large ne peut pas être admis pour la modification de l'obligation, au moins tant qu'il n'y a que changement dans la prestation. En tout état de cause, le simple changement dans les modalités d'exécution de l'obligation constitue certainement une simple modification de l'obligation.

Mais quelles sont les conséquences de l'analyse en modification de l'obligation ? L'intérêt du maintien de l'obligation d'origine tient à la possibilité de conserver tous les accessoires de celle-ci. Ainsi, toutes les clauses qui réglementaient l'exécution de l'obligation, les conséquences de l'inexécution..., continuent d'être applicables après la modification. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir à nouveau ces points, à moins que la nouvelle prestation soit incompatible avec ce qui était initialement prévu. Par ailleurs, les garanties qui assortissaient

l'obligation dès l'origine continuent de pouvoir s'appliquer alors qu'elles devraient disparaître si l'obligation elle-même disparaissait pour laisser place à la nouvelle.

En dépit de ses avantages, cette nouvelle conception a du mal à trouver sa place dans notre droit. Une institution généralement rattachée à ce mécanisme est elle vivace, il s'agit de la dation en paiement.

## Section 2 : le cas particulier de la dation en paiement

La dation en paiement est le fait de fournir autre chose que ce qui était dû aux termes de l'obligation créée entre les parties : la fourniture d'une 609 d'occasion à la place de la 206 neuve devenue indisponible, le fait de faire la plonge au lieu de payer l'addition... Ce mécanisme est très ancien, il remonte au droit romain. Il soulève toutefois des difficultés quant à son domaine et quant à ses effets.

### § 1 Le domaine de la dation en paiement

La dation en paiement consiste traditionnellement en la fourniture d'un bien en lieu et place de la prestation originellement convenue. Cela suppose évidemment l'accord du créancier puisque l'article 1243 du Code civil déclare qu'il ne peut être contraint d'accepter un autre paiement que la chose convenue. Pour autant, des débats ont lieu pour savoir si la nouvelle chose convenue peut être autre que la remise d'une chose. De nombreux auteurs y sont défavorables mais la Cour de cassation a apporté un élément de réponse en 1974 en affirmant « qu'il y a dation en paiement (...) lorsqu'il est remis au créancier autre chose que l'objet même de la dette » : Cass. ass. plén., 22 avr. 1974

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1974X04X0PX00001X000>

Il ressort de l'arrêt que la dation est ainsi applicable aux hypothèses de transfert de la propriété d'un immeuble à construire même si la remise matérielle n'est pas immédiate. Mais la question demeure de savoir si la remise peut comprendre l'exécution d'une prestation, exécuter des travaux par exemple.

Aucune solution n'a non plus été dégagée de façon unanime pour déterminer la nature de la dation en paiement. Certains y voient une vente, le prix de vente se compensant avec la dette que la remise de la chose éteint. D'autres y voient une novation et donc l'extinction d'une obligation avec naissance d'une nouvelle. D'autres enfin insistent davantage sur l'aspect final de l'opération, à savoir le paiement de la dette et assimilent donc la dation en paiement à un paiement. Cette dernière solution est sans doute préférable mais elle néglige le changement que la dation produit dans l'obligation, c'est pourquoi nous préférons parler de modification de l'obligation aux fins de paiement.

Reste à déterminer quelles sont les effets de la dation en paiement.

### § 2 Les effets de la dation en paiement

L'effet attendu de la dation en paiement est l'extinction de l'obligation dans la mesure où celle-ci vaut paiement. Toutefois, des difficultés sont susceptibles de se poser, soit parce que le paiement est finalement remis en cause par un tiers, soit parce que la dation en paiement intervient dans une période de difficultés pour le débiteur.

Il est tout d'abord possible que la dation en paiement soit remise en cause parce qu'elle n'était pas valable, par exemple parce que le débiteur n'était pas le véritable propriétaire de la chose qu'il a donnée en paiement. La question se pose alors de savoir si le débiteur doit en revenir à l'exécution de la prestation originelle. La question est discutée mais si on retient l'explication par la modification de l'obligation il est préférable de s'en tenir à la dernière prestation convenue entre les parties et de traiter le débiteur comme un débiteur n'ayant pas exécuté sa prestation.

Dans ce cas, le Code prévoit au moins avec certitude que la caution qui garantissait l'obligation est déchargée, même si la dation en paiement est remise en cause.

Si la dation en paiement intervient dans une période de difficultés du débiteur, ce sont les règles et l'esprit des procédures collectives qui vont s'appliquer. Durant ce que l'on appelle la période suspecte, qui vient juste avant l'ouverture d'une procédure de redressement liquidation judiciaire, les paiements anormaux sont interdits car il est craint que le débiteur ne cherche à avantager certains de ses créanciers alors qu'un but des procédures collectives est le traitement égal de tous les créanciers. En conséquence, la dation en paiement peut être remise en cause.

Finalement, cette institution originale du droit des obligations offre un exemple utile de modification de l'obligation. Nous aurons confirmation qu'elle ne se rattache pas à la novation en l'étudiant plus précisément.

## **Chapitre 2 : la novation**

### Section II : De la novation

#### *Article 1271*

*La novation s'opère de trois manières :*

*1° Lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte ;*

*2° Lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien qui est déchargé par le créancier ;*

*3° Lorsque, par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé.*

#### *Article 1272*

*La novation ne peut s'opérer qu'entre personnes capables de contracter.*

*Article 1273*

*La novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.*

*Article 1274*

*La novation par la substitution d'un nouveau débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur.*

*Article 1275*

*La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation.*

*Article 1276*

*Le créancier qui a déchargé le débiteur par qui a été faite la délégation, n'a point de recours contre ce débiteur, si le délégué devient insolvable, à moins que l'acte n'en contienne une réserve expresse, ou que le délégué ne fût déjà en faillite ouverte, ou tombé en déconfiture au moment de la délégation.*

*Article 1277*

*La simple indication faite, par le débiteur, d'une personne qui doit payer à sa place, n'opère point novation.*

*Il en est de même de la simple indication faite, par le créancier, d'une personne qui doit recevoir pour lui.*

*Article 1278*

*Les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne passent point à celle qui lui est substituée, à moins que le créancier ne les ait expressément réservés.*

*Article 1279*

*Lorsque la novation s'opère par la substitution d'un nouveau débiteur, les privilèges et hypothèques primitifs de la créance ne peuvent point passer sur les biens du nouveau débiteur. Les privilèges et hypothèques primitifs de la créance peuvent être réservés, avec le consentement des propriétaires des biens grevés, pour la garantie de l'exécution de l'engagement du nouveau débiteur.*

*Article 1280*

*Lorsque la novation s'opère entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les privilèges et hypothèques de l'ancienne créance ne peuvent être réservés que sur les biens de celui qui contracte la nouvelle dette.*

*Article 1281*

*Par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés.*

*La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions.*

*Néanmoins, si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébiteurs, ou, dans le second, celles des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder au nouvel arrangement.*

La novation était le seul mode connu du droit romain pour parvenir à la transformation de l'obligation. Elle y avait un usage important puisqu'elle était aussi le seul moyen de parvenir à un transfert de l'obligation par le jeu de la novation par changement de débiteur. Cette enracinement explique sans doute sa vivacité dans notre droit. Quoique certains auteurs contestent aujourd'hui son utilité en raison de l'existence d'autres mécanismes tels que la cession de créance, la dation en paiement, la délégation..., l'institution demeure vivace.

Sa spécificité tient à ce que la transformation consiste dans la disparition d'une obligation accompagnée de la naissance d'une nouvelle qui vient prendre sa place. Il y a plus que modification. Ceci confère à la novation une place à part qui se retrouve à travers les conditions de sa réalisation et ses effets.

## Section 1 : Les conditions de la novation

La novation résulte d'un contrat et est donc soumise aux conditions générales de validité des conventions. En outre, comme elle consiste en l'extinction de l'obligation ancienne et la naissance d'une obligation nouvelle, l'ancien créancier doit avoir le pouvoir de disposer de son droit et le nouveau débiteur celui de s'engager. Plus spécifiquement, la novation suppose l'existence de deux obligations et l'intention d'éteindre l'une pour lui substituer l'autre, l'intention de nover.

Il faut tout d'abord une obligation à nover, celle-ci doit donc exister et être valide ; la novation d'une obligation sous condition résolutoire est ainsi possible tant que la condition ne s'est pas réalisée.

Il faut ensuite création d'une obligation nouvelle. Il faut donc que la nouvelle obligation soit valide sous peine de quoi la novation n'aurait pas lieu et l'obligation ne disparaîtrait pas. Mais il faut aussi que cette obligation soit nouvelle, donc différente de l'obligation ancienne. L'article 1271 précise trois hypothèses dans lesquelles la novation peut intervenir : nouvelle dette entre les mêmes parties, changement de créancier, changement de débiteur. On regroupe généralement les deux dernières hypothèses dans la novation par changement de l'une des parties. En revanche, la première hypothèse consiste en réalité en un changement d'un élément essentiel de l'obligation, à savoir son objet ou sa cause.

La novation par changement de l'une des parties se rapproche de la cession de créance ou de dette. Le but de l'un et l'autre mécanismes sont identiques : dans les deux cas, il y a substitution d'un créancier ou d'un débiteur.

Des différences fondamentales les distinguent cependant :

- dans la novation il faut le consentement des deux parties au rapport originaire (les anciens créancier et débiteur) ce qui n'est pas le cas pour la cession qui ne suppose pas le consentement du débiteur cédé ;
- seule la novation consiste en la substitution d'un rapport d'obligation à un autre tandis que la cession consiste précisément en la circulation d'un rapport d'obligation qui subsiste quoique entre des personnes différentes.

La novation par changement d'objet ou par changement de cause est très différente, elle se rapproche de la modification de l'obligation. Elle s'en distingue toutefois (comme elle se distingue de la cession de créance) en ce qu'il y a extinction de l'obligation ancienne et naissance d'une obligation nouvelle. La question se pose de savoir si la novation peut porter sur un changement des modalités de l'obligation, les auteurs hésitant à parler de novation alors qu'elle le changement est mineur. La jurisprudence semble refuser la qualification de novation quand bien même les parties auraient manifesté l'intention de nover.

La novation pour changement d'objet se rapproche plus précisément de la dation en paiement.

La novation pour changement de cause vise une hypothèse dans laquelle l'objet même de la dette reste inchangé tandis que la cause a seule changé. C'est la situation d'un acheteur qui ne paie pas le prix de vente et pour lequel le vendeur accepte de lui consentir un prêt. On voit

que la différence est tenue d'avec la modification de l'obligation, la vente devenant seulement une vente à tempérament. Ce qui change, c'est l'intention de nover.

L'intention de nover est en effet la seconde condition de la novation (a. 1273). Elle ne se présume pas et doit donc résulter de l'acte de novation. Elle doit être certaine mais peut être implicite. Toute convention suppose une volonté déclarée mais ici la preuve de cette intention est particulière : il faut prouver l'intention d'éteindre l'obligation d'origine, de créer une obligation nouvelle et de lier les deux actes qui sont causes l'un de l'autre. On comprend que la complexité de l'opération exige une preuve certaine. L'importance des effets de la novation en fournit une autre explication.

## Section 2 : les effets de la novation

L'effet de la novation est connu dans son principe : extinction d'une obligation et naissance d'une nouvelle. Ce mécanisme a pour conséquence que l'obligation nouvelle, quoique liée à l'ancienne, ne bénéficie pas de son régime juridique. Deux effets en découlent.

Le débiteur de l'obligation nouvelle ne peut exciper des exceptions dont celui de l'ancienne pouvait arguer, quand bien même les deux débiteurs seraient la même personne. Tout se passe comme si la novation avait apuré les relations anciennes en même temps qu'elle éteignait l'obligation ancienne.

Les garanties qui assortissaient l'obligation ancienne sont éteintes avec elle et ne sont donc pas utilisables pour l'obligation nouvelle (a. 1278). La volonté contraire des parties est toutefois ici valable ; précisons tout de même que, s'il y a changement de débiteur, les garanties personnelles ou réelles consenties par l'ancien débiteur ne peuvent subsister qu'avec son consentement expresse ; de même les sûretés consenties par un tiers requièrent son consentement.

## **Quatrième partie : la circulation de l'obligation**

Il convient à présent de voir comment l'obligation est susceptible d'être transmise, passer à des tiers pour les faire entrer dans le rapport d'obligation auquel ils étaient au départ étrangers. Des institutions de notre droit ont pour seule fonction de réaliser ce but, céder l'obligation ou le rapport qui en est la source. Mais à côté de ces mécanismes prennent place des procédés plus complexes, remplissant également d'autres fonctions, mais que parviennent également à faire circuler l'obligation. On parle d'un côté de transfert direct de l'obligation, de l'autre de transfert indirect.

### **Titre 1 : le transfert direct de l'obligation**

Le transfert de l'obligation peut consister d'une part en celui de la créance, de l'autre en celui de la dette. Par ailleurs, il est possible de vouloir opérer un transfert plus large, pas seulement d'une dette ou d'une créance, mais d'un ensemble de relations réciproques, c'est-à-dire d'un transfert du contrat lui-même. Voyons successivement ces trois figures.

#### **Chapitre 1 : la cession de créance**

*Chapitre VIII : Du transport des créances et autres droits incorporels*

*Article 1689*

*Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre.*

*Article 1690*

*Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur.*

*Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique.*

*Article 1691*

*Si, avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré.*

*Article 1692*

*La vente ou cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque.*



#### *Article 1693*

*Celui qui vend une créance ou autre droit incorporel, doit en garantir l'existence au temps du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie.*

#### *Article 1694*

*Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance.*

#### *Article 1695*

*Lorsqu'il a promis la garantie de la solvabilité du débiteur, cette promesse ne s'entend que de la solvabilité actuelle, et ne s'étend pas au temps à venir, si le cédant ne l'a expressément stipulé.*

#### *Article 1696*

*Celui qui vend une hérédité sans en spécifier en détail les objets, n'est tenu de garantir que sa qualité d'héritier.*

#### *Article 1697*

*S'il avait déjà profité des fruits de quelque fonds, ou reçu le montant de quelque créance appartenant à cette hérédité, ou vendu quelques effets de la succession, il est tenu de les rembourser à l'acquéreur, s'il ne les a expressément réservés lors de la vente.*

#### *Article 1698*

*L'acquéreur doit de son côté rembourser au vendeur ce que celui-ci a payé pour les dettes et charges de la succession, et lui faire raison de tout ce dont il était créancier, s'il n'y a stipulation contraire.*

#### *Article 1699*

*Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession avec les frais et loyaux coûts, et avec les intérêts à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession à lui faite.*

#### *Article 1700*

*La chose est censée litigieuse dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit.*

#### *Article 1701*

*La disposition portée en l'article 1699 cesse :*

*1° Dans le cas où la cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé ;*

*2° Lorsqu'elle a été faite à un créancier en paiement de ce qui lui est dû ;*

*3° Lorsqu'elle a été faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux.*

La cession de créances consiste, comme son nom l'indique, en la cession d'une créance. Ce mécanisme s'avère très utile en pratique, surtout entre commerçants et, plus largement, entre professionnels. Comme la cession de créances encadrée par le Code civil est relativement lourde et donc inadaptée à la vie des affaires, des régimes dérogatoires ont été élaborés pour répondre à ces besoins spécifiques. Nous envisagerons successivement ces cessions de droit commun et simplifiée.

### Section 1 : la cession de créances de droit commun

Très classiquement, nous verrons comment se met en oeuvre cette opération avant d'en présenter les effets.

#### § 1 : mise en oeuvre de la cession de créance

La cession de créances suppose pour être mise en oeuvre la réunion de conditions mais, plus spécifiquement, c'est sa publicité qui conditionne son succès.

#### A) Les Conditions.

Les conditions de fond sont plus de logique que d'une détermination technique. La condition essentielle tient à l'existence de la créance. Toutes les créances peuvent être cédées (de somme d'argent ou autres) mais encore faut-il qu'elles existent sans quoi la cession serait dépourvue d'objet. Pour qu'elle existe, il suffit qu'elle soit éventuelle, elle peut évidemment être à terme mais également conditionnelle, elle peut encore être litigieuse. La créance peut même être future.

Quant aux conditions de forme, elles sont inexistantes.

#### B) La publicité

L'objet de la publicité est double : il s'agit d'une part de s'assurer de l'information du débiteur pour que son paiement se fasse entre les mains du créancier ; il s'agit également d'informer les tiers qui peuvent être intéressés, créanciers du cédant, cessionnaires successifs de la créance... Le pivot de cette information est le débiteur lui-même : le Code civil suppose que les tiers se rapprocheront de lui pour connaître le véritable créancier.

L'article 1690 prévoit ainsi une publicité alternative : soit la signification de la cession au débiteur cédé, soit son acceptation dans un acte authentique. La signification consiste dans un acte d'huissier par lequel le débiteur est averti de la cession. Quant à son acceptation par acte

authentique, il ne s'agit en fait que de sa participation à l'acte et non d'un consentement ; cette branche de l'alternative n'est usitée que lorsque la cession se fait elle-même par acte authentique.

La jurisprudence ne fait pas une application rigide de ces textes. Une limite certaine est qu'elle ne considère jamais les formalités comme réunies lorsque le débiteur a une connaissance indirecte de la cession, encore faut-il préciser qu'il en va autrement si le débiteur ou le tiers commet une fraude. En revanche, elle admet le respect de l'article 1690 si l'information s'est faite au cours des actes d'une procédure judiciaire, dans la mesure où l'information est suffisamment précise. De la même manière, les juges admettent l'information du débiteur si son acceptation figure dans un acte sous seing privé au lieu d'un acte authentique mais seulement si le litige est entre le débiteur et le créancier et non si un tiers est en cause ; à son égard, l'information par acte authentique est requise.

Pour finir, il faut indiquer que la formalité de l'article 1690 ne s'applique pas en cas de transmission universelle. Si la créance n'est pas cédée par un acte isolé mais dans le cadre d'une cession générale d'une universalité, il n'est pas nécessaire de procéder à cette publicité. Ceci peut s'expliquer à la fois par un souci de simplicité et par l'idée que la transmission, étant plus générale, sera connue, d'autant que la transmission d'universalité donne parfois lieu à une publicité propre.

## § 2 : les effets

Il faut distinguer les effets qui se produisent entre les seules parties de ceux qui font intervenir des tiers.

### A) Les effets entre les parties

Quoique la définition jurisprudentielle du tiers au sens de l'article 1690 inclut le débiteur puisqu'il s'agit de toute personne étrangère à l'acte de cession qui a intérêt à ce que le cédant soit créancier, nous l'envisagerons au titre des parties, sinon à l'acte, du moins à l'opération.

#### 1- Les effets à l'égard du débiteur cédé

L'effet principal est la substitution de la qualité de créancier du cédant au cessionnaire qui acquiert en conséquence toutes les garanties accessoires à la créance ; ainsi, la cession de créance s'accompagne de celle des sûretés (a. 1692). Il peut invoquer toutes les exceptions que le cédant pouvait faire valoir et peut en contre-partie se voir opposer par le débiteur toutes les exceptions que celui-ci pouvait opposer au cédant. Il va de soi que le débiteur cédé ne pourra opposer au cessionnaire des exceptions qui naîtraient de ses relations avec le cédant postérieures à la cession.

Puisque le cessionnaire prend la place du cédant, il ne peut exiger davantage que lui et les modalités de l'obligation subsistent telles que son terme. Pour les mêmes raisons, il peut

exiger le paiement de la totalité de la créance, peu important que le prix qu'il a payé au cessionnaire soit inférieur ; l'infériorité du prix est d'ailleurs un des intérêts de l'opération. Il y a toutefois une atténuation à cette solution : si l'obligation cédée est une obligation litigieuse, le débiteur cédé peut faire cesser le litige en payant au cessionnaire le prix et frais qu'il a versés au cédant (a. 1699).

Une question est plus discutée, celle des actions ouvertes au cessionnaire. La doctrine lui accorde toutes les actions en paiement mais les discussions sont plus âpres en ce qui concerne les actions préventives du paiement ainsi que celles en nullité ou en résolution.

Quant au paiement, il doit se faire en principe entre les mains du cédant ou du cessionnaire selon qu'il intervient avant ou après l'accomplissement des formalités de l'article 1690. Après, le cessionnaire est seul créancier et c'est à lui que le débiteur doit payer la dette, tout paiement fait au cédant avant ne le libérerait pas. Avant, la solution devrait être inverse puisqu'il n'a pas encore été dûment informé de la cession ; la jurisprudence lui permet toutefois de se libérer auprès de l'un ou l'autre du cédant ou du cessionnaire.

## 2- Les relations du cédant et du cessionnaire

La question qui se pose ici est celle des garanties que le cédant doit au cessionnaire, comme dans toute vente. L'article 1693 prévoit qu'elle se limite à l'éviction, c'est-à-dire à l'existence de la créance au jour de la cession. Si la créance venait à disparaître pour une cause postérieure à cette cession, le cédant ne serait pas responsable. Les mêmes garanties, avec les mêmes limites, valent pour les sûretés accessoires de la créance.

Si l'insolvabilité du débiteur n'est pas garantie en principe, elle peut l'être par une stipulation expresse, sans qu'elle puisse jamais atteindre le montant nominal de la créance, elle est limitée au prix de la cession (a. 1694). De plus, sauf stipulation contraire, cette garantie ne couvre l'insolvabilité qu'au jour de la cession et non de l'exigibilité de la créance cédée.

### B) Les effets à l'égard des tiers

En cas de cession successive de la même créance à plusieurs cessionnaires, ils se trouvent en concours. Le règlement de ce conflit se fait en fonction, non de la date des deux cessions mais de celle de leur signification : le cessionnaire le plus diligent sera privilégié. Inapplicable aux cessions dispensées de toute publicité (rares), cette solution est alors abandonnée pour en revenir à l'antériorité de la date de cession.

Quant aux créanciers du cédant, la cession ne leur est opposable qu'à partir de leur signification. En conséquence, avant elle, ils peuvent valablement se voir attribuer un gage ou pratiquer une saisie ; en revanche, après la signification, ni l'une ni l'autre de ces opérations ne serait efficace.

### Section 2 : la cession simplifiée

D'abord conçue pour le droit commercial, elle a été étendue aux relations entre professionnels.

#### § 1 : les cessions simplifiées du droit commercial

Il existe traditionnellement trois types de cession simplifiée en droit commercial : les titres au porteur, les titres nominatifs et les titres à ordre. Avec la dématérialisation des titres, le titre au porteur ne consiste plus qu'en l'inscription sur un compte et se limite donc aux relations incluant un établissement de crédit. Les titres nominatifs supposent la radiation du titulaire originaire et la substitution d'un autre sur le registre prévu à cet effet, il est assez peu employé compte tenu de sa médiocre souplesse. Reste donc surtout les titres à ordre.

Le titre à ordre est un titre en vertu duquel le débiteur qui l'accepte, le tiré, s'engage à payer son créancier primitif ou à tout autre personne qu'il aura désigné. Ces titres consistent essentiellement en la lettre de change, le billet à ordre et le chèque. Ils sont susceptibles de

circulation par la voie de l'endossement. Celui-ci consiste pour le créancier primitif, le porteur, à signer au dos de la lettre de change et ainsi de donner l'ordre au débiteur (le tiré) de payer au cessionnaire. A son tour, celui-ci, devenu porteur, pourra endosser le titre à ordre.

On constate que la circulation est particulièrement aisée et rapide. Aucune formalité n'est nécessaire et le débiteur devra s'acquitter entre les mains du dernier porteur.

Outre cet avantage de rapidité, l'endossement des titres à ordre assure une grande sécurité au porteur en raison de la règle de l'inopposabilité des exceptions : le débiteur ne peut faire valoir à l'égard du porteur les exceptions qu'il tient à l'encontre des porteurs précédents. En outre, tous les endosseurs successifs sont solidairement tenus du paiement envers le dernier porteur.

Cette technique commerciale peut être utilisée en dehors de sa sphère naturelle, l'article 1690 n'étant pas d'ordre public et les parties pouvant décider d'un autre mode de transmission des obligations. Celle-ci se révèle parfois inadaptée aux relations civiles et dangereuse pour des contractants faibles, il est donc parfois exclu, notamment en droit de la consommation.

Différente est la situation entre professionnels.

## § 2 : les cessions simplifiées entre professionnels

Sur le modèle de la technique commerciale, la loi du 2 janvier 1981, dite « loi Dailly », a établi un mode simplifié de circulation des créances professionnelles. Son domaine est limité puisqu'il s'agit des opérations de cession ou de nantissement au profit d'établissements de crédit consenties par une personne morale de droit privé ou de droit public ou par une personne physique dans le cadre de son activité professionnelle. Il peut s'agir d'une part d'une opération d'escompte, c'est-à-dire cession d'une créance à terme afin d'obtenir des liquidités immédiates ; il peut également s'agir d'une opération de garantie, les créances étant alors cédées au créancier sans rémunération en garantie du crédit, c'est une sorte de nantissement. Elles sont régies par les articles L.313-23 et suivants du Code monétaire et financier.

La cession s'opère par la remise d'un bordereau comprenant des détails sur la créance ainsi que la mention acte de cession (ou de nantissement) de créances professionnelles et la dénomination de l'établissement de crédit bénéficiaire. Pour que l'acte soit valable, il faut deux éléments essentiels : la signature du cédant et la date inscrite par le cessionnaire.

Comme pour la technique commerciale, la cession est opposable aux tiers sans information du débiteur à la date mentionnée sur l'acte de cession ou de nantissement. Toutefois, conformément aux règles du droit civil, le débiteur conserve la possibilité de se décharger entre les mains du cédant ; pour l'éviter, il est possible au cessionnaire de lui notifier la cession par tous moyens.

Il n'y a pas, comme en droit commercial, d'inopposabilité des exceptions, ce sont les règles du droit civil qui s'appliquent ici. Il n'en va autrement que si le débiteur a accepté la cession et s'est engagé à payer directement le cessionnaire par un acte écrit.

La sécurité du cessionnaire est renforcée par l'obligation solidaire du paiement de la créance par le signataire du bordereau Dailly.

Ce procédé est fréquemment utilisé en raison de sa simplicité. Lorsqu'il ne s'accompagne d'aucune notification ou acceptation par le débiteur, les conflits sont toutefois nombreux entre le cessionnaire et des tiers, notamment entre le cessionnaire d'une créance d'un entrepreneur contre le maître de l'ouvrage et les sous-traitants qui exercent leur action directe contre ce maître de l'ouvrage.

## **Chapitre 2 : la cession de dette**

La cession de dette n'est pas consacrée par notre droit. En dépit des débats nourris dont elle a fait l'objet, notamment au début du XX<sup>ème</sup> siècle sous l'influence de la récente codification allemande, la doctrine continue d'enseigner qu'elle n'est pas possible dans notre droit. Le principe demeure donc celui de l'incessibilité des dettes. Toutefois, devant les impératifs de la pratique, des solutions alternatives ont été adoptées pour parvenir à un résultat, sinon identique, du moins proche.

### Section 1 : l'incessibilité de la dette

L'incessibilité de la dette est très fortement ancrée dans notre droit. Toutefois, une importante exception est également reconnue dans le cas des successions et plus largement dans les hypothèses de transmission universelle.

#### § 1 Le principe

Dans le plus ancien droit romain, aucune cession de l'obligation n'était possible car l'obligation, lien de droit entre deux personnes, ne pouvait que disparaître lorsque l'une des deux parties sortait du lien. Il n'y avait ni cession de dette, ni même cession de créance. Petit à petit, pour des raisons pratiques, la cession de créance a été introduite : on a considéré que la créance constituait une valeur économique, un bien, et qu'il était donc souhaitable de pouvoir la faire circuler ; en outre, sa transmission ne pouvait pas être nuisible au débiteur, la personne de son créancier étant peu importante pour lui.

Cette évolution s'agissant de la transmission du versant actif de l'obligation n'a pas eu lieu pour son versant passif. La doctrine très majoritaire continue de considérer qu'elle est impossible par principe. La difficulté technique de départ n'a pas changé, à savoir la sortie du lien obligatoire d'une des parties. Mais les raisons qui avaient milité pour passer outre ces difficultés en matière de cession de créance ne vaudraient pas pour la cession de dette. Tout d'abord, la dette n'a aucune valeur économique et ne peut donc être analysée en un bien ; il n'y a donc aucun support pour son éventuel transfert. D'autre part, le changement de débiteur peut être dangereux pour le créancier : celui-ci ne s'est engagé dans le lien de droit qu'en considération de la personne du débiteur (sa solvabilité, son sérieux...) et il ne semble donc pas opportun de permettre le transfert de la dette sans le consentement du créancier.

Des auteurs ont essayé de montrer l'intérêt et la possibilité de réaliser une cession de dette, notamment en se servant de l'exemple du droit allemand. Pour autant, le principe demeure peu contesté. Mais on sait aussi que, spécialement, tout principe connaît ses exceptions.

## § 2 la transmissibilité à titre universel

L'intransmissibilité des dettes a posé un problème important en cas de décès du débiteur, elle conduisait à ce que les créanciers impayés à cette date ne puissent être payés puisque la disparition du débiteur entraîne celle de l'obligation elle-même.

Aux termes d'une lente évolution, il a donc été admis que la dette puisse être transmise dans ce cas. On fonde la solution en invoquant que la dette n'est ici qu'un élément de l'ensemble des biens et obligations du défunt, ce que le droit appelle depuis AUBRY et RAU le « patrimoine ». Il n'y aurait donc pas tant transmission de la dette elle-même que celle du patrimoine. Il n'y aurait donc pas de véritable exception : la dette seule serait intransmissible mais deviendrait transmissible lorsqu'elle n'est que l'élément d'un tout.

De cette solution en matière successorale, il faut donc étendre la solution à toutes les transmissions universelles. Cela concerne notamment les personnes morales et leur restructuration : fusion, scission, apport partiel d'actifs. Dans ces hypothèses également, les dettes de la société d'origine deviennent celles de la société nouvelle.

Mais au-delà de ce domaine particulier, les problèmes posés par l'impossibilité de céder une dette ont conduit à trouver des solutions de contournement.

## Section 2 : le contournement de l'incessibilité

Comme toujours, ce sont les besoins pratiques qui aiguillonnent la réflexion juridique. Il faut donc commencer par présenter les besoins pratiques principaux pour ensuite indiquer comment ils ont été satisfaits.

### § 1 Les besoins pratiques

Contrairement à ce que l'on pourrait penser de prime abord, l'hypothèse principale de la cession de dette n'est pas le fruit d'une intention libérale. Il y a des cas dans lesquels il est utile de transmettre une dette.

C'est par exemple lorsque le vendeur d'un immeuble est débiteur d'un entrepreneur auquel il avait confié des travaux ; plutôt que de percevoir le prix de vente et de payer les travaux, il peut préférer céder sa dette à l'acheteur qui se chargera de régler les travaux.

Il peut encore s'agir d'un propriétaire tenu d'une obligation de non concurrence ; il est alors souhaitable qu'au cas de vente l'acquéreur se voit transmettre la dette.



Un entrepreneur qui sous-traite une partie des travaux et est débiteur du sous-traitant peut se décharger de sa dette en la cédant au maître de l'ouvrage puisque celui-ci est son propre débiteur.

Dans ces divers cas, la cession de dette répond à un besoin économique, s'insère dans la vie des affaires. Pour y répondre, des procédés connus de notre droit civil sont employés pour pallier l'absence de cession directe de dette.

## § 2 Le recours à des procédés indirects

La première institution à laquelle il est fait appel est la stipulation pour autrui. Bien connue du droit des assurances vie, ce procédé consiste pour un contractant (le promettant) à s'engager vis-à-vis de son cocontractant (le stipulant) à quelque chose qu'il exécutera au profit d'une troisième personne non partie à la convention (le tiers bénéficiaire). Par ce moyen, le promettant peut s'engager à payer la dette du stipulant envers le tiers bénéficiaire en son lieu et place. Le créancier (tiers bénéficiaire) n'a pas à intervenir au commencement de l'opération mais son acceptation finale sera nécessaire pour qu'un lien de droit existe entre lui et le promettant.

Le deuxième mécanisme utilisé, le plus fréquent en pratique, est la délégation. Avant de l'étudier plus en détail (infra), on peut déjà dire qu'elle consiste en l'opération par laquelle une personne demande à une autre personne de s'engager vis-à-vis de son propre débiteur. A la différence de la stipulation pour autrui, les trois personnes doivent dès l'origine donner leur consentement à l'opération ; en contre-partie, le créancier (délégué) a un droit direct contre celui qui s'est engagé (le délégataire). Il est même possible d'obtenir une libération immédiate du débiteur originel lorsque les parties ont entendu procéder à une délégation dite parfaite.

Tout ceci ne permet pas de réaliser de véritable cession de dette puisque, à un moment ou à un autre, le consentement du créancier cédé est requis. Toutefois, si dans le modèle allemand il existe une véritable cession de dette, celle-ci ne produit tous ses effets que si toutes les parties y ont consenties. Il faut donc éviter tout fantasme, la reconnaissance de la cession de dette n'est pas la réception d'un mécanisme dangereux. Il faudrait intégrer cette idée car les propositions déjà faites en vue d'un rapprochement des droits européens intègrent cette cession de dette à l'allemande.

Si notre droit ignore toujours ce mode de transmission des obligations, il est un mécanisme qui fait l'objet d'un développement plus important, c'est le transfert de la source des obligations : la cession de contrat.

## **Chapitre 3 : la cession de contrat**

La cession de contrat est une notion récente, conçue dans les années 50 mais qui a bénéficié d'une construction systématique fondamentale dans les années 80 grâce aux travaux du

Professeur Laurent Aynès. L'idée générale est de transmettre une position contractuelle, de permettre à un contrat dont l'une des parties ne veut plus ou qu'elle ne peut plus assumer de ne pas disparaître mais de se poursuivre avec une autre personne. Ce mécanisme, s'il est incontestablement reconnu par le droit et utilisé n'en laisse pas moins subsister des incertitudes quant à sa mise en œuvre concrète. Pour en saisir la portée et le fonctionnement, il convient donc d'abord de présenter ses traits caractéristiques avant d'esquisser les points saillants de son régime.

### Section 1 : les traits caractéristiques de la cession de contrat

Ses traits sont indissociables de l'histoire de la cession de dette, d'abord distinguée des procédés voisins avant d'être mieux cerné grâce aux débats relatifs à sa nature.

#### § 1 L'émergence de la notion autonome de cession de contrat

Au cours de cette première phase, la cession de contrat n'a pas été distinguée de la cession des obligations auxquelles il donnait naissance. En conséquence, il a longtemps été pratiquement impossible de concevoir une cession du contrat puisqu'une partie des obligations était incessible, la dette : si la cession de contrat est en fait une cession simultanée et globale des créances et des dettes, tant que la cession des dettes reste impossible une cession globale du contrat n'est pas envisageable. On sait que les tentatives d'acclimatation de la cession de dette ont échoué et ce n'est donc pas de ce côté qu'il faut chercher un début de reconnaissance de la cession de contrat.

Ce début de reconnaissance provient du législateur. Celui-ci en effet, devant les besoins de la pratique, consacra dans des domaines particuliers des cessions de contrat spéciales dès les années 1920. L'exemple le plus connu, toujours très actuel, est sans doute le transfert d'entreprise (consacré par la loi du 19 juillet 1928, aujourd'hui art. L122-12 al. C ;trav.). L'objet de ce texte est d'obliger le repreneur d'une entreprise à poursuivre les contrats de travail que le précédent employeur avait conclu ; ici, les contrats se poursuivent aux mêmes conditions, il y a simplement changement d'un cocontractant.

A partir de ce mouvement législatif, l'institution qui était réclamée par la pratique et que les auteurs essayaient de bâtir prenait forme. Mais cela n'était encore possible que par l'effet de la loi, il fallait encore consacrer la possibilité d'obtenir un même résultat dans les domaines non visés par la loi, par la seule volonté des parties.

Ce commencement de construction a été l'œuvre des auteurs. Ils se sont attachés à distinguer la cession de contrat des mécanismes voisins tels que la stipulation pour autrui, la délégation ou le sous-contrat. Ils ont tâché de montrer que, par leur seul consentement, les parties pouvaient faire entrer dans le contrat une personne qui y était d'abord extérieure. Mais ils n'ont jamais abandonné ce que l'on appelle la conception dualiste de la cession de contrat, à savoir la somme de cessions de créance et de cession de dette. Ce nouveau pas sera l'acte de naissance de la conception actuelle.

## § 2 La reconnaissance de la conception moniste de la cession de contrat

C'est essentiellement au Professeur Aynès que cette avancée est due. Il a montré que la cession de contrat était la cession du processus contractuel, du procédé par lequel se créent des obligations, et non la cession des obligations elles-mêmes. La cession du contrat implique la cession de toutes les obligations qui en découlent mais les deux phénomènes ne peuvent être assimilés. C'est ce que l'on appelle la conception moniste de la cession du contrat.

Cette construction repose sur une conception objectivante du contrat, détaché des parties au lien contractuel. Ce détachement est nécessaire pour que la cession soit possible : si le contrat est un lien indissoluble entre deux parties, toute tentative pour concevoir la cession à un tiers dissoudrait le contrat et serait donc vouée à l'échec. Mais le Professeur Aynès va très loin dans cette voie puisqu'il présente cette cession comme indépendante du consentement du contractant cédé. Pour lui, le seul consentement du cédant et du cessionnaire suffiraient à réaliser la cession.

C'est sur ce point que les discussions ont été les plus vives. Nous verrons à travers le régime juridique de la cession que les critiques ont été entendues.

### Section 2 : quelques éléments du régime juridique de la cession de contrat

La question essentielle du régime juridique de la cession de contrat est la détermination de ses conditions de réalisation. Sous cet angle, une fois acquise la conception moniste, le problème était de savoir quel consentement exigé. Aux arguments du Professeur Aynès ont été opposés d'autres arguments, liés notamment à l'importance pratique de la personne du cocontractant dans la plupart des contrats, pour refuser la cession automatique.

La jurisprudence s'est montrée sensible à ces arguments et a donc expressément exigé le consentement du cédé : elle a ainsi refusé au cessionnaire d'agir contre le cédé qui n'avait pas consenti à l'opération, lui interdisant donc d'émettre une facture en paiement de fournitures qui avaient été commandées auprès du cédant :

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXCXAX1997X05X04X00117X000>

Le consentement du cédé est exigé mais il est admis qu'il peut être donné au moment de la formation du contrat initial. Deux personnes qui contractent ensemble peuvent s'accorder pour que l'une ou l'autre puisse librement se substituer un cocontractant ; dans ce cas, le consentement est donné mais en avance.

Ce point acquis, de nombreuses autres questions restent en suspens qui ne peuvent pour l'instant qu'être évoquées, faute d'avoir trouvé des solutions certaines. Il en est ainsi notamment de la forme de l'information due au cédé en cas de cession en application d'un consentement préalable de celui-ci. Il en est encore ainsi de la question de savoir quelles sont

les exceptions que peut opposer le nouveau contractant dès lors qu'elles sont en rapport avec le contrat cédé.

Mais pour bien comprendre ces difficultés, il faut étudier de plus près les opérations juridiques à trois personnes traditionnelles, telles qu'on les trouve notamment dans les hypothèses de transfert indirect de l'obligation.